



《北大法律评论》(2018)
第 19 卷·第 1 辑·页 88—119
Peking University Law Review
Vol. 19, No. 1, 2018, pp. 88-119

权力概念的变迁与反思

苏 宇*

The Vicissitude and Reflection of the Concept of Power

Su Yu

内容摘要:现代公法中的权力概念系由 potestas 和 potentia 两条脉络经过复杂的历史演变形成的。相比 16 世纪以前的公法学概念框架,以权力为基础的框架更具系统性,更能诠释公法制度的正当性来源,也更能适应民主代议制时代制定法日益增长的需要。但是,19 世纪以来,权力概念的发展趋于迟缓,在结构上欠缺与时代同步的革新,导致新兴的权力现象难以与旧的公法学框架兼容。对此,开拓更具包容性的认知框架、发展权力的一般法律形式理论、形塑公权力固有的品质要求,应成为现代公法学的重要使命。

关键词:权力 理论基础 概念史

权力现象正在发生变化。公法学者们发现,公权力的运行图景已经开始产

* 苏宇,法学博士,中国人民公安大学法学院讲师。感谢浙江大学郑春燕教授、厦门大学陈鹏副教授、国家发展和改革委员会经济体制综合改革司阮征女士对本文提出的宝贵修改建议。当然,文责自负。

本文系 2015 年度教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目“法治中国建设背景下警察权研究”(15JZD010)的阶段性成果。

生重要的变革:在风险规制和社会治理中,政府权力正在不断扩张^[1];公众参与和治理的兴起引起了治理权力的分散和重构^[2];"轻推"(nudge)的盛行、转介行政(Vermittelnde Verwaltung)^[3]等非高权手段的不断运用、“行政软权力”的出现和发展^[4],更是让权力似乎更加无所不在,而又突破了传统的约束框架。每一个失信人名单上的记录、每一个日夜运转的视频监控设备、每一条由行政机关披露或转发的信息、每一个通过网络服务平台或信息服务运营商对普通用户作出的决定,都潜藏着权力不断变化和延伸的触角。随着传统公法学对于权力的制约与规范已经日显不足,学界的思考已经开始直指权力概念这一基础问题。不解决这一根本性的理论问题,公法及公法学发现、认识、理解和规范权力现象的能力就难以应付应接不暇的新挑战。

在21世纪以降的中国公法学研究中,透过种种权力现象的新变化,对权力本身的深入反思与追问渐成热潮。学者们为了“深刻地理解法律实践”,对权力概念展开了公法学、社会学、经济学、政治学等视角下的考察。^[5]例如,有学者主张以法律制约权力不过是法治的外观,权力自身的分立与制衡才是法治的实质和内核^[6];有学者主张为了研究权力制约与监督,还需要在既有学说的基础上重新定义权力^[7];更有学者主张在将权力关进制度的笼子里之前,就需要对什么是权力、权力是否等同于公权力等问题进行再思考。^[8]更有学者主张,应当因应法治实践的现实,承认“社会公权力”等不同于传统公法上权力内涵的概念^[9];又或者需要把传统公法学著作中未曾出现的新型权力加入权力的类型学框架之中。^[10]这些思考不同程度地指出了研究权力本身对于法治、对于公法理论而言的重要意义,也对权力理论进行了多方面的有益思考,但对“权力”这一概念仍然欠缺深入的、历史性的考证和反思。

[1] 参见于兆波、刘银平:《风险社会视角下的立法决策观念转变——以权力和权利为中心展开》,载《地方立法研究》2017年第1期,第80—89页。

[2] 参见王锡铤:《公众参与和行政过程——一个理念和制度分析的框架》,中国民主法制出版社2007年版,第90页。

[3] 参见施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第160页。

[4] 参见门中敬:《行政软权力的特征和价值与功能》,载《法学论坛》2009年第1期,第104—108页。

[5] 参见周尚君:《权力概念的法理重释》,载《政法论丛》2012年第5期,第25—30页。

[6] 参见范进学、夏泽祥:《认真对待权力——法治视野下法律与权力关系的反思》,载《浙江社会科学》2004年第4期,第68—73页。

[7] 参见谢佑平、江涌:《论权力及其制约》,载《东方法学》2010年第2期,第64—90页。

[8] 参见孙国华、孟强:《权力与权利辨析》,载《法学杂志》2016年第1期,第1—7页。

[9] 参见徐靖:《论法律视域下社会公权力的内涵、构成及价值》,载《中国法学》2014年第1期,第79—101页。

[10] 参见陈云良:《国家调节权:第四种权力形态》,载《现代法学》2007年第6期,第15—22页。

现代社会的权力概念从何而来?它为何在如此晚的年代才被最终塑成,又何以成为现代政治体制和公法制度中的核心概念和基本要素?它是如何被发现、被建构、被界定、被规范的?如果我们能进一步关注权力概念本身的生成与演变,关注它的深层法理基础,也许能够在权力现象及其规范定位的探索基础上,更加深刻地使权力理论能回应政治社会的发展变化,推动公法学原理的深层变革。

一、17 世纪初以前的权力概念

在概念的“亲缘关系”上,现代意义上的权力概念实际上是一个有着双重概念基因的“后代”。^{〔11〕}就英语中的 power 而言,它主要有两个前身:一是 potestas,就其作用而言可译为“支配”,指的是法律上能够支配某种对象的能力^{〔12〕};二是 potentia,常译“力量”或“潜能”,通常指的是事实上能够影响其他对象的能力。在法学中,potestas 的起源和广泛使用较之 potentia 要早,但直至两个概念最终实现结合之前,并不存在一种统一的权力概念,现代公法学中的权力概念对于古人而言仍然是陌生的。

(一) potestas 在法学中的演变

在古代公法中,权力概念的前身之一 potestas 已经被使用,但却并不作为一种支撑公法理论体系的核心概念存在。在罗马共和国时期,它和治权(imperium)、威权(auctoritatem)、支配(potestatem)、主权(maiestatem)^{〔13〕}等概念被并列使用。当时罗马法习谚曾言:“治权在执政官,威权在元老院,权力在平民,主权在全体民众。”(Imperium in magistratibus, auctoritatem in Senatu, potestatem in plebe, maiestatem in populo)^{〔14〕}这一习谚所刻画的概念关系与当今公法学理论体系中的概念关系有着显著的区别。Potestas 在此仅仅作为一种具体的权力形态存在,而不是所有权力形态的共同内核。这一概念在罗马帝国时期就能够贯通公私法、广泛刻画各种具体支配关系,为其日后演化为现代的权力概念奠定了重要的基础。

受罗马法的此种定位影响,在中世纪,potestas 不仅自身就可以表达权力现象,而且被广泛用以刻画其他的公私法概念。就它自身表达权力现象的作用而言,它曾与 auctoritas 并列为政治学说的基础概念之一,auctoritas 是不实际

〔11〕 Nancy Struverer, “Fables of power”, *Representations*, vol. 4, autumn, 1983, p. 108.

〔12〕 罗马帝国时期的法学家保罗认为 potestas 是一种支配关系;它不宜被简单理解为现代的“权力”,参见徐国栋:《元首制时代的罗马宪法文本研究——以〈韦斯巴芗谕令权法〉为依据》,载《现代法学》2013 年第 2 期,第 27—41 页。

〔13〕 译法据韩潮:《博丹对混合政体学说的批评》,载《政治思想史》2014 年第 4 期,第 52 页脚注 2。上述用语与现代汉语中的相应概念有差异,由于篇幅所限,详细的考察与对比从略。

〔14〕 同前注〔13〕,第 52 页。

行使的权力,而 potestas 是可以实际行使的权力,由此衍生出王权与政权(il Regno e il Governo,或译王国与政府)这两个相互合作而统治世界的原则。^[15]就它对其他概念的刻画与阐释而言,它的运用非常广泛,例如,imperium 被解释为“potestas regia”(君主支配权)^[16]; iurisdictio 被解释为“potestas de publico introducta cum necessitate iuris dicendi et aequitatem statuendae”(为确立公正及宣告正义的必要而生成的权力)^[17]; ius(法权)被解释为 potestas licite utendi(合法运用的支配)或 potestatem iuris(合法的支配)^[18]; dominium(所有权)被认为是依照法律(lex)人对物主张的支配^[19]; potestas absoluta(绝对权力)、potestas ordinata(既立权力)^[20]、potestas plenitudo(充分权力)、potestas suprema(最高权力)、potestas summa(总权力)等概念组合已经开始在 imperium 主导的框架下广泛参与公法理论框架的建构^[21], potestas condendi leges(立法权)等具体权力类型也已经得到一定程度上的讨论^[22];等等。

但是, potestas 在当时并没有取得现代权力概念的独立性。在广泛地支撑公法理论框架的同时, potestas 经常被当作法理上的一个义素(eme)使用,也就是基本上被当作某种最基本的法理单元使用,它和 ius 并不处于同一概念层级。在这一点上, potestas 与 ius 之间的关系,并不是 right 与 power 那种能够于同一层级并列且一定程度上相对峙的关系。尽管 potestas 和今天的 power(权力)概念存在很多相似之处,但 potestas 能够作为跨越公法和私法的一个基础法理单元存在,而 power 却不能。例如, potestas 能内置于 ius 的法理内涵之中,作为 ius 的法理构造内容的一部分、作为 ius 的一种法理作用存在;而 power 在法理上却不能内置于 right(权利)之中;我们可以说某些限定条件下的 potestas 就是 ius(例如前文的 potestas licite utendi)、ius 里包含有各种 potestas,但却很难说某些条件下的 power 是 right、right 内包含有各种

[15] Agamben, *Giorgio. Il Regno e la Gloria*, Bollati Boringhieri(2009).

[16] M. I. Henderson, “Potestas Regia”, *The Journal of Roman Studies*, vol. 47, no. 1—2, 1957, p. 82.

[17] M. P. Glimore, *Argument from Roman Law in Political Thought: 1200—1600*, Harvard University Press, p. 30.

[18] 参见李中原:《Ius 和 right 的词义变迁——谈两大法系权利概念的历史演进》,载《中外法学》2008 年第 4 期,第 533—551 页;另参见方新军:《权利概念的历史》,载《法学研究》2007 年第 4 期,第 69—95 页。

[19] 参见方新军:《权利概念的历史》,载《法学研究》2007 年第 4 期,第 69—95 页。

[20] See J. Canning, *Ideas of Power in the Late Middle Ages: 1296—1417*, Cambridge University Press, 2011, p. 142. 对这两个概念的进一步解释,参见苏宇:《行政权概念的回溯与反思》,载《行政法论丛》第 17 卷(2015),第 89—121 页。

[21] *Id.*, p. 150.

[22] *Id.*, p. 126.

powers;除非一项 power 在制定法上被赋予一定程度的 right 的属性,那也是针对不同的主体与事项,实质上属于不同的法律关系。^[23]如果说 right 只有“权利”而没有“法”的含义,不能简单地和 ius 类比,我们不妨继续观察德语中的 Recht 与法语中的 droit(同为法权),它们也同时具备权利和法的内涵,但是,Gewalt(德语的“权力”)和 pouvoir(法语的“权力”)也不能内置于 Recht 或 droit 的法理结构中。因此,potestas 更应当作为一种带有支配力的法理作用而非现代意义上的权力获得解释。Potestas 在某种情况下可以被称为法权^[24],但在逻辑上却没有法权的完备性,而且在 17 世纪末以前,对于斯宾诺莎以外的法学家(或哲学家)而言,potestas 必须附着于某种法权,才能发挥要求服从的作用。^[25]由于 potestas 在法理上的完备性还不能和 ius 相提并论,它经常附着于 ius 被使用,而 ius 中也包含了今天纯粹属于权力的内容。^[26]由于 ius 和 potestas 定位于不同的法理层面,从罗马帝国到 16 世纪,公法的理论结构中都没有出现权利和权力概念的对立关系;权力自身也无法作为一个核心概念去构筑整个公法或政治制度的主体框架。

公法理论在当时呈现出一幅与现代公法学说颇为不同的图景。在当时,刻画权力现象的概念颇为丰富:maiestas、imperium、auctoritas 甚至 iurisdictio(管辖)、dominium(所有权)^[27]、ius^[28] 都被使用,而其间的法理结构与现代公法学中基于权力建立的框架大相径庭。在中世纪晚期的公法学说中,这些概念的分工大体上呈现这样的一幅图景:maiestas 表明最高统治权的性质与归属,auctoritas 表述不在实际执行层面的权力,potestas 表述能被实施的权力^[29];imperium 刻画统治权的范围及其内容,iurisdictio 包括 imperium 和单纯的管辖权(iurisdictio simplex)^[30],也就是整个决定正义和主持公道的权力^[31];

[23] 例如对于大学自治权,有学者认为它同时兼具权利与权力的属性,相对于政府、教会或其他社会机构而言是权利,而相对于学校内部关系而言又体现为权力。参见湛中乐、韩春晖:《论大陆公立大学自治权的内在结构——结合北京大学的变迁分析》,载《中国教育法制评论》第 4 辑(2006),第 49—72 页。

[24] 同前注[19],第 69—95 页。

[25] Charles McIlwain, “Sovereignty Again”, *Economica*, vol. 18, no. 11, 1926, p. 253.

[26] 例如皇帝的流放权(ius deportandi)就属于这种情况。Digesta, 1. 19. 3pr. 大量属于 imperium 的其他内容也被放在 ius 概念下处理。

[27] M. P. Glimore, *Argument from Roman Law in Political Thought: 1200—1600*, p. 115; See J. Canning, *Ideas of Power in the Late Middle Ages: 1296—1417*, p. 122.

[28] 例如,在中世纪晚期公法中,ius regendi(统治之法权)也被广泛使用,它就包含了现代视角的权力要素。

[29] *Supra* note [15], p. 118.

[30] *Supra* note [17], p. 38.

[31] *Id.*, p. 30.

administratio 也有所使用,用于表述具体的管理事务职能。^[32] 这样一种繁复的概念架构很容易造成混乱,从注释法学派开始,学者们就尝试发展出一套较成体系的、能够诠释统治关系及权力现象的概念架构。在 17 世纪以前的学说发展中,在《学说汇纂》第一卷中频繁出现的 imperium 被选中作为核心概念,它在当时的公法学理论中占据了举足轻重的地位。Merum imperium(纯粹治权)和 mixtum imperium(混合治权)、有时也包括 iurisdictio simplex(简单管辖权)在当时有关统治关系及权力现象的法学理论中发挥着枢纽性的作用。^[33] 例如,巴托鲁斯(Bartolus)和巴尔德斯(Baldus)等人文主义法学家所建立的公法学理论架构,就是先将整个广义上的 iurisdictio(相当于统治者的整个管辖权)划分为 imperium 与 iurisdictio simplex,再将 imperium 划分为 merum imperium 与 mixtum imperium;随后将 merum imperium 划分为从最大到最小的六个等级,再在其中填充具体的权力内容。^[34] 在这个体系中,merum imperium 专属于王,从王开始传递到其他公职人员,为公共利益而运作,形式自由,不需要拟制司法裁判的过程;mixtum imperium 则为私人利益而运作。^[35] Merum imperium 在公法中具有基础性的地位,其六个层次依次为:最大(maximum),专属于王、元老院和执政官,可以制定普遍性的法律;甚大(maius),可以判处死刑或丧失群体成员;大(magnum),可以决定公民资格存废;小(parvum),可以决定公民权利的剥夺;甚小(minus),包含更弱的一些权力,例如对侮辱执事者的强制权;最小(minimum),施加小额罚款的法权。^[36] 在其中,很多层面的 merum imperium 并不是用 potestas 而是用 ius 加以界定的。Potestas 并没有处于与 imperium、iurisdictio 等概念相并列的层次,虽然它广泛地作为一个诠释性的基础概念存在,却很少被用于直接界定权力架构,在整个政治和公法理论中的角色也不如在现代政治社会中突出。易言之,在这种公法学体系中,potestas 尚未得到作为组建理论体系的基础概念的机会,但它能够解释各种基础概念,贯穿于广泛公私法概念的解釋层面,并且已经有一系列以 potestas 为基础的概念组合进入到政治和公法理论的重要探讨中,预示着它完全拥有担纲公法理论基础概念的潜力。

尽管如此,potestas 仍然不能被当作一个统一的、具体的权力概念来对待。在这样一种公法理论框架下,权力概念尽管已经得到了相当引人注目的发展,也参与到神权与君权关系、立法权归属、治权内容之界定、主权的性质

[32] 参见苏宇:《行政权概念的回溯与反思》,载《行政法论丛》第 17 卷(2015),第 90—91 页。

[33] *Supra* note [17], pp. 30, 38, 40, 56, 86, 90.

[34] *Id.*, pp. 37-41.

[35] *Id.*, pp. 38-39.

[36] *Id.*, pp. 40-41.

等重要主题的讨论^[37]，但却无法一力支撑公法对于整个政府体制的界定与规范。

（二）potentia 的加入与磨合

如果没有基于宗教和物理学之上的 potentia 概念的加入，potestas 恐怕不一定会演化为当代羽翼丰满的 power 概念。有学者认为，potestas 是刻画法权性质的权力，而 potentia 是刻画事实性质的权力。^[38] 这一说法不完全正确，应当认为，potentia 在使用时是具备混合色彩的，但它更强调力而不是法权的属性^[39]，并且可以及于私人的力量。^[40] Potentia 对 potestas 的补充，最主要的作用是将 potestas 抽离纯粹的法理作用层面，而使之成为一个能够完整地描述一种支配现象的概念。像前文那样将 potestas 置于 ius 中进行思考的主要问题，在于无法实证性地独立进行权力系统的建构。Potestas 的分配和调整需要依赖于 ius 的变化，权力结构的任何细微调节，都需要法权结构首先发生实质性的变动，这是一个比较复杂的过程。如果需要建立可以不断灵活调整的权力系统，就需要首先实现 potestas 系统的相对独立化，而基于 potentia 之上的动力学思考刚好可以弥补这一点，它在中世纪神学中本身就是独力支撑整个宇宙推动力论证的概念。

Potentia 原先仅在神学中得到一定的关注，自中世纪晚期以降，随着亚里士多德思想的盛行和近代物理学的兴起，它才受到日益热烈的系统性探讨。例如，阿奎那(Thomas Aquinas)基于亚里士多德的物理学体系，试图运用基于 potentia 概念的推动力链条论证上帝的存在性、无限性和不变性^[41]，为这一概念的广泛使用奠定了基础。阿奎那以后的法学家逐渐开始关注 potentia 在法学中的位置，potestas 和 potentia 在法理系统逐渐开始相互影响、进行磨合。这场磨合的进展可谓一波三折。Potestas 主要存在于法学的讨论，而 potentia 则长期存在于神学内部。在宗教影响力强大的中世纪中晚期，由于法学的体系经常参考神学和教会法的宗旨，可以认为，至少在概念形成的早期，更主要的是 potestas 的内容受 potentia 的体系之影响。例如，上帝所拥有的、无限的 potentia 被神学家们划分为 potentia absoluta(绝对之力)和 potentia ordinata

[37] See J. Canning, *Ideas of Power in the Late Middle Ages: 1296—1417*, pp. 21-25, 87.

[38] *Supra* note [25], p. 253.

[39] Richard Tuck, "Power and Authority in Seventeenth Century England", *The Historical Journal*, vol. 17, no. 1, 1974, p. 43.

[40] *Id.*, p. 49.

[41] *Theologica Summa*, I^o q. 2 a. 3 co. 2.; I^o q. 3 a. 1 co.; I^o q. 8 a. 3 ad 3.; I^o q. 9 a. 2 co.

(既定之力)^[42],对这一组概念的探讨可以追溯到 11 世纪。而到了 13 世纪,神学家们对上帝的绝对权力 (potestas absoluta)^[43] 和既定权力 (potestas ordinata) 进行了广泛的思考。这场思考的最初起源已不可考,目前我们仅知道这一主题的讨论热潮于 1230 年前后兴起。^[44] 稍晚一些的著名法学家霍斯廷西斯参考神学家的定义,对这组概念进行了深入的探索。^[45] 他将此组概念引入对教宗权力的研讨^[46],而在 13 世纪末法学家安规索拉 (Giovanni Anguissola) 将这一组概念引入了对君主权力的刻画,从而使这一组概念进入了世俗政治和公法的层面。讨论 potentia absoluta/ordinata 的人主要涉及阿奎那、司各脱 (Duns Scotus)、大阿尔伯特 (Albertus Magnus)、达米安 (Petrus Damianus) 等神学家或经院哲学家;讨论 potestas absoluta/ordinata 的人则主要涉及霍斯廷西斯、阿尔贝利古 (Albericus de Rosate)、安德烈 (Johannes Andreae) 等相对稍晚的法学家或神学家,一直影响到霍布斯在《利维坦》中建立他的权力框架。Potestas 与 potentia 最初的融汇,就源于这一组概念下的学说同构性发展过程。

类似的,从 13 世纪起,potestas 和 potentia 的概念开始产生更多的相互影响,但仍经常处于各行其道的状态。在这场磨合的过程中,奥卡姆的威廉 (Gulielmus Occamus) 进一步延续了阿奎那的讨论,深入亚里士多德对 actus (行为) 和 potentia (潜能) 的区分,接入到对法权体系的讨论中来:奥卡姆将 ius 理解为一种被允许的能力 (potestas licita),而不是合乎正义的能力 (potestas iusta)。这种被允许的能力就是 potentia。^[47] 由此,这两个概念第一次被如此紧密地联结起来,并且形成了富有影响的区分:potestas 比 potentia 的内涵更为完备,包含了法权的各种能力在内。因此,更多学者将 potestas 用于法权概念的法理支配作用之讨论;而 potentia 仅仅表明法权概念的基础,不被进一步

[42] 在当时的神学理论中,绝对权力是指上帝可以超越于既有规律而采取一切行动的能力,既定权力是指上帝在其建立的规律和准则限度内(或在已经建立的当前世界之内)采取一切行动的能力。See Francis Oakley, "The Absolute and Ordained Power of God and King in the Sixteenth and Seventeenth Centuries: Philosophy, Science, Politics, and Law", *Journal of the History of Ideas*, vol. 59, no. 4, 1998, pp. 437-461. 亦有以 potestas 连接二者的论述, see Kenneth Pennington, *The Prince and the Law, 1200—1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, University of California Press, 1993, pp. 54-55.

[43] 此处的 potestas 更准确地是指上帝的能力。

[44] see Kenneth Pennington, *The Prince and the Law, 1200—1600: Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, University of California Press, 1993, p. 55.

[45] *Id.*, p. 55.

[46] *Id.*, p. 106.

[47] 参见李猛:《自然社会》,生活·读书·新知三联书店 2015 年版,第 244 页脚注[5]。李猛将 potestas licita 译为“许可的权力”,为区别于现代行政法中的“许可”,笔者在此处译为“被允许的权力”。此处的“被允许”约相当于不被禁止,其主语是“自然法”。

展开为具体的法理作用。自奥卡姆的威廉以后, potestas 与 potentia 越来越多地共同出现在对世俗权力的公法理论研讨之中, potentia 的法理一面也在逐渐充实, 但始终保留着法理上的某种不完备性, 与 potestas 的完整法理属性保持着一定距离。直至 17 世纪初著名法学家格劳秀斯的法权体系中, potestas 和 potentia 仍未完成彻底的融汇。它们都被整合在 ius 的体系之中: ius moralis (道德意义上的法权) 包括 faculty (能力) 和 aptitudo (潜能)。Aptitudo 即为 potentia, 它与分配正义相关, 只是一种“应得”(ἀξίαις), 还没有上升为真正意义上的法权^[48]; faculty 包括 potestas、dominium 和 creditum (债权), 其中 potestas 又包括对他人的支配(例如父权) 和对自己的支配(自由)。^[49] 这种体系显然与奥卡姆的威廉之体系有所相似, 而与现代法学中权利与权力之体系有明显的时代差异。格劳秀斯的契约论和自然法学说虽然已经开始突破旧体系的藩篱, 但在概念体系上仍然没有实现根本性的变革。

(三) 旧体系的缺点

让我们简要检视一下至 17 世纪初为止公法学体系的状况。这种体系缺乏统一的权力概念, 而是通过前述 imperium、iurisdictio、auctoritas、ius、dominium 以及 potestas、potentia 等概念搭建起公法理论的框架。在这种公法理论体系中, 现代权力的两个来源均已被某种程度的纳入, 但却缺乏整合和提升——potestas 和 potentia 分属不同的法理脉络, 而这两个概念都不能独立地表述和界分权力现象, 这一定程度上导致现代公法的思考方式未能诞生。此种公法理论体系虽然能够在相当程度上处理权力现象, 但很难应对更加复杂、精致的公法制度建设的需求。以前文中自 13 世纪开始流行、巴托鲁斯学派集其大成的 imperium-iurisdictio 体系为例, 这一体系存在以下缺点:

第一, 理论架构叠床架屋, 而又界定不清, 容易产生认知上的混乱, 也欠缺必要的精确性。究竟 merum imperium、mixtum imperium 与 iurisdictio (simplex) 之间是何关系、各自应当如何界定, 数百年间一直争议不断, 甚至是否存在无 imperium 的 iurisdictio 也还存在重大争议^[50]; merum imperium 的内部等级划分也缺乏清晰的标准。Merum imperium 与 mixtum imperium 的内容亦不固定, 缺乏逻辑上的严格推演, 任由理论家发挥。例如, 与巴托鲁斯学脉

[48] Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, I, i, VII. 格劳秀斯在此直接引用了亚里士多德在《尼各马可伦理学》第五卷中使用的原词。在大半个世纪以后, 莱布尼兹为 potentia 的含义充分整合到 ius 的内容中作出了突出贡献, 参见罗杰·伯科威茨:《科学的馈赠——现代法律是如何演变为实在法的?》, 田夫、徐丽丽译, 法律出版社 2011 年版, 第 78—79 页。

[49] 参见李猛:《自然社会》, 生活·读书·新知三联书店 2015 年版, 第 251 页; Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, I, i, IV—VIII. 李猛在书中未说明 potentia 的内涵, 笔者根据格劳秀斯《战争与和平法》原文译补。

[50] *Supra* note [17], p. 86.

相承的巴尔德斯(Baldus)在谈论绝对纯粹治权(*merum imperium absolutum*)时列举了十六种权力,把巴托鲁斯及其他学者归之于 *mixtum imperium* 的多项内容也并入其中。^[51] 由此,这一体系欠缺必要的清晰性与确定性,难以产生精致而稳定的理论与制度体系。*Imperium* 与 *iurisdictio* 概念直接联结于各种权力现象,但由于权力概念本身欠缺基础性的界定和划分,*merum imperium* 与 *mixtum imperium* 的划分也就流于表象,整个理论体系的建构与推演就缺乏稳定性与严密性。当需要讨论和调整具体权力安排的时候,学者们直接从 *imperium* 或 *iurisdictio* 的有无及类型去论证某种具体职权的存在、范围及归属,绕过了 *potestas* 等更为基础的概念层级,这就很难产生严谨而确定的结果。至于权力的体量、范围、强弱,旧体系更未提供任何衡量的尺度,它既无法从事实层面进行刻画,也不能从规范层面进行说明。

第二,旧体系所设想的权力安排是相对静态的,无法胜任制定法迅速增长的背景下权力结构变动的要求。民主代议制的兴起和制定法的大幅增长,使得实证性的权力架构设计与变动变得普遍而频繁。在中世纪的旧体系下,如果要调整具体的 *potestas*,就需要首先变动相应的 *imperium*、*iurisdictio* 以及其中的 *ius*,这是相当不便的。*Imperium-iurisdictio* 体系本就很难应对精细的、复杂的权力配置要求,当具体的权力结构不断发生局部变动时,权力范围调整和内容变革更无法从 *imperium* 或当时的 *iurisdictio* 概念出发进行论证。不仅如此,*imperium-iurisdictio* 体系的论证带有浓厚的学院气质,它建立在注释与评论罗马法的学理基础上,无法预见尚未到来的现代社会中权力结构随着大量制定法的不断变动而频繁调整、变化的情况。对此,传统理论的小修小补无济于事。

第三,旧体系的政治理论基础与近现代国家的政治体制及其思想基础不相适应,它既无法充分说明政府权力来源的正当性,也不能适应分权制衡的权力架构。*Imperium* 体系延续了罗马法中的一次性权力转移观念,将统治权的来源一劳永逸地追溯到最初人们向统治者一次让渡 *potestas* 的行为^[52],但这一主张没有充分解释几个关键的理论问题:(1) 学者们按照最初的《霍尔滕西法》(*Lex Hortensia*, 公元前 287 年制定)进行解释,人们将全部的 *potestas* 和 *imperium* 让渡给统治者^[53],但在让渡之前,人们自己的 *potestas* 和 *imperium* 何以存在? 它们又从何而来、呈何关系?(2) 为什么这一次让渡可以自动形成永久性的、代代相传的 *imperium*? (3) 各种层次、各种类型的 *imperium* 是否能

[51] *Id.*, p. 42.

[52] 此学说的现实根源是公元前 287 年制定的《霍尔滕西法》(*Lex Hortensia*)。《学说汇纂》第一卷(*Digesta* 1. 2. 2. 9; 1. 2. 2. 11)对此有概括性的论述,成为后世学者论证统治权起源的经典依据。

[53] *Supra* note [17], p. 19.

从最初那个由让渡形成的 imperium 一路衍生而来、一直传递到最末端的公职人员？(4) 此种让渡在法理上的有效性如何？人们基于什么而让渡，统治者给予的对价是什么？能否构成有效的约定？对于 imperium—iurisdictio 体系，还需要追问：(5) 既然人们让渡了全部 potestas 与 imperium 而形成统治者的 imperium，抽离 imperium 的 iurisdictio 又从何而来？对于这些问题，旧体系或许可以勉强给予答案。但旧体系给出的答案未必能满足资产阶级革命及近代民主政制建设的需要。卢梭在《社会契约论》中对格劳秀斯让渡自由以赎命之学说的逐层批判就是一个侧证。^[54] 这种古老的学说中并没有为臣民保有政治权利，或者对统治者给予法理上的有效约束；最初的让渡看起来只是第一代人面对最强者的权宜之计，它无法构成一个具有自由意志基础的、能够获得充分正当性基础的社会契约假定。此外，我们也难以设想从此种一揽子的让渡中产生分权制衡的权力结构，因为它没有清晰区分统治权和具体的权力，而统治权本身是一次性让渡全部形成的，自形成以后就缺乏分化、制衡与约束，这些都与资产阶级政权的需要不符。

因此，公法学基础概念及基本理论架构的改造势在必行。在一系列的理论变革和制度实践以后，以权力概念为重要基础的公法学理论架构开始了新的征途。

二、现代权力概念的成型

16 世纪至 17 世纪的一系列理论思考与制度实践，深刻地推动了现代权力概念的成型，使得权力概念成为公法中最重要的基础概念之一。这一过程较为复杂，但简要地了解其中的关键之处是很有必要的。

(一) 权力概念的整合：potestas、potentia 与 ius 的整合

Potestas、potentia 与 ius 的整合，导致现代“权力”概念诞生并成为公法学的核心概念之一，是公法学史上的一次里程碑式的变革。这一变革的开启者是霍布斯。霍布斯试图以一元的 power 概念来整合从物理上之“力量”到政治上之“权力”的双重含义，这个框架主要是在 potestas 的基础上完成的，但也吸收了 potentia 的概念^[55]，最终使 potestas 与 potentia 的二重奏汇流于统一的权力概念之下。

早在《论公民》中，霍布斯就明确地将 potestas 与 potentia 整合到一起：每

[54] Rousseau, *Du Contrat Social*, I, IV.

[55] 霍布斯从《论公民》(De Cive)开始同时使用这两个概念从不同的面向表述从力量到权力的 power 概念。《论公民》有 54 处使用了 potentia 的概念，对 potestas 概念的使用则更为丰富；由于其中对权力概念理解与《利维坦》接近，且《利维坦》是霍布斯在政治哲学上更具代表性的作品，本文对霍布斯政治哲学思想的分析以《利维坦》为主。

个公民将自己的 *potentia* 转让给拥有最高治权 (*summen imperium*) 的人或会议, 就是 *potestas* 的来源。^[56] 这是霍布斯对两个概念进行连接与整合的突破性尝试, 但更系统的整合工作是由《利维坦》完成的。《利维坦》将 *potestas* 与 *potentia* (甚至包括 *ius* 的部分内容) 整合成为形象饱满的 *power*, 建立了崭新的政治哲学和公法理论基础。《利维坦》中的概念线索较为芜杂, 霍布斯日后出版的拉丁文版本与早先的英文版本因为种种现实原因在内容上有显著的不同, 但他对概念关系的处理仍然比较清晰: (1) 《利维坦》中使用的 *potestas*, 通常与 *summa* (总、全) 连用, 对应 *sovereignty* 或 *sovereign power*, 即主权或者主权权力^[57]; 小部分情况下 *potestas* 也单独指向 *power*, 但明确地指向经由缔约形成的共同体的整体政治权力。^[58] *Dominio* 则与 *imperium* 作了一定的整合, 已经在某些主题的讨论中被等同于 *summa potestas*^[59], 一定程度上完成了概念的汇流。(2) 《利维坦》中使用的 *potentia*, 在英文版一般对应单独使用的 *power*, 主要是指事实上或物理上的 *power*, 特指各人所拥有的自然力量或权势 (*natural power*)。^[60] 这些力量是可转移、可加总的, 但一旦从各自然人转移到主权者处, 离开自然状态、形成政治共同体, 就产生 *potestas*, 而 *potestas* (*potestas summa*) 则拥有各自然人所集中的全部事实上的权力 (*potentia*) 和力量 (*vis*)。^[61] 这一概念的使用也延续了中世纪晚期以来使用 *potestas summa* 讨论 *imperium* 的做法, 并且将 *potentia* 的含义排斥在进入政治社会以前。一旦成为政治社会的权力, 就使用 *potestas* 主导下的 *power* 概念, 保证了政治社会中权力概念的一元性。(3) 在政治社会中, 在 *potestas* 之下, 各种具体的权力形态, 如战争权、立法权、财政权等, 在英文版本用 *power* 表述, 在拉丁文版本则用 *ius* 表述。^[62] 例如, *ius iudicandi* 即 (*the power of*) *iudicature* (司法权), *iure militiae* 即 (*the power of*) *militia* (军事权), *iure exigendi pecuniam* 即 *the power of raising money* (举债权)^[63], *jus (ius) legum ferendarum* 即某种意义上的 *the legislative power* (立法权)^[64], 等等。这种处理主要是因为, 在稍早前爆发的英国资产阶级革命中, 由于国王阵营与革命阵营的争辩, *power*

[56] Hobbes, *De Cive*, II, 5, 11.

[57] See Hobbes, *Leviathan (the English and Latin Texts)*, edited by Noel Malcolm, Clarendon Press: 2012, pp. 19, 267, 271, 277, 285, 321, 331, etc.

[58] *Id.*, pp. 283, 289.

[59] *Id.*, p. 307.

[60] *Id.*, pp. 65, 133, 153, 163, 199, 325.

[61] *Id.*, p. 261.

[62] *Id.*, pp. 279, 343.

[63] *Id.*, pp. 279, 343.

[64] *Id.*, p. 317.

概念已经被政界广泛用来讨论政府权力的安排^[65],但漫长的学理传统使得政府具体的权力形态仍然只是处于统治权的某种具体法权之下,即从 imperium 或 potestas summa 之下分离出来的某种 ius,这导致霍布斯乃至洛克都还在法权的框架下讨论权力的来源、归属及正当性等问题。这种连接于 ius 的具体权力和由 potestas summa 所表述的主权权力在法理上是有着严格区分的。此种区分一直延续到日后统治权力与一般权力的区分^[66],延伸到现代公法理论中。

由此,新的 power 概念就连通了三大领域:从自然的个体力量或权势,到缔约后形成的共同体的主权,再到每一种具体形态的权力,已经完全打通现代公法理论框架中的主要模块。和 imperium 体系不同,power 的体系连通了整个理论与实践,从自然状态的起点到共同体的主权,直到实证化的权力架构,再到最微观的具体权力配置,一以贯之,尽除叠床架屋之弊。此外,霍布斯至少还在三个要点上奠定了 power 作为现代公法学核心概念之一的基础:(1) 从人的联合中发现权力现象,用人的天然禀赋作为权力的基础,将人的联合作为权力的扩张途径,并将大多数人的自愿联合力量作为最大的权力^[67],这样就实现了权力概念法理一面与事实一面的彻底融汇。(2) 通过契约,将权力的转移与汇集作为建构政治体的核心过程之一。^[68] 这一点虽然本质来源于《霍尔滕西法》以降的罗马公法传统,但却被建构为一种理论上的必然性,而不仅仅是诉诸历史过程或天意神旨,这就为公法上的主权与权力建构了理论上可以完全诉诸逻辑过程的正当性基础。(3) 在国家按约建立的过程中,将集中的全部权利与权力统一于一个主体,产生共同权力(common power)^[69],并以一系列自然律约束之,使主权者的权力有一定的边界或限度,而此种边界或限度的源头正是个人的自由(liberty)与自卫权(the right to protect themselves)。^[70] 这三点给政治学和法学带来了翻天覆地的变化。政治权力来自自然权力的联合,完成了祛魅的过程,它的有无和大小已经可计算、可衡量,它可以基于意志进行转移和集中,可以从理论上推论集中的程度及其运行的边界。在法理体系内部,权力

[65] 英国资产阶级革命期间,查理一世《对十九主张的答复》中明确提到司法的权力(judicatory power),这是现代司法权概念的一个重要开端。此后几年间,随着革命的爆发与政局的变化,亨利·爱雷顿(Henry Ireton)、查尔斯·达利森(Charles Dallison)、约翰·萨德勒(John Sadler)等学者纷纷提出分权主张,这是欧洲历史上第一次对分权制度的大讨论。参见苏宇:《尊重历史的过程:行政权与司法权关系之反思》,载《北航法学》2016年第1卷,第109—130页。

[66] 参见耶利内克:《主观公法权利体系》,曾韬、赵天书译,中国政法大学出版社2012年版,第191页。

[67] *Supra* note [57], p. 132.

[68] *Id.*, p. 260. 关于这一点对现代国家理论的一个影响,可参见齐佩利乌斯:《德国国家学》,赵宏译,法律出版社2011年版,第73页。

[69] *Supra* note [57], p. 260.

[70] *Id.*, p. 326.

已经不再需要依托法权而存在,可以相对独立地勾画一种政府体制。

这种大幅度实证化的权力概念,较之于中世纪掩藏在法权之下的支配概念更加适合于推进富于现代性的政治制度设计,承载着各种对社会契约和分权制衡的讨论。由此,权力概念开始独立承当公共支配关系的整个架构,推动旧架构的拆除与新体系的架构,促进了公法理论的历史转型。霍布斯的理论获得了广泛的传播和接受,很多著名学者采取了与他相似的理解方式,其中一个典型的例子就是略晚于霍布斯的斯宾诺莎。在斯宾诺莎的哲学理论中, *potestas* 意味着可以接受影响的能力,而 *potentia* 是一种积极的、现实的、去实现这种影响的能力。^[71] 从更现代的视角看,按照奈格里(Antonio Negri)的理解, *potestas* 指中心化的、间接的、先验的支配性能力,而 *potentia* 则指局部的、直接的、实际的构造性能力。^[72] 但是,他在政治哲学方面吸收了霍布斯的影响,将作为自然力量的 *potentia* 与政治社会中的规范能力的 *potestas* 区分得很清楚。这两个概念在他的法权学说中发挥着根本性的作用。他认为,在自然状态下,个体的 *ius* 以其 *potentia*(自然的力量)为最大限度^[73],但此种状态下的生活不如遵从理智和道德的生活好。在后者之中,人们要遵循全体的力量(*potentia*)和意志。因此,每个人要将自然的力量转让给共同体,这样就形成了共同体的主权(*summa potestas*)。^[74] 这样一种思考方式在 17 世纪的政治哲学文献中并不鲜见。它预示着通过 *potestas*、*potentia* 的二元概念结构或其结合体对政治及公法理论进行思考将开始对旧体系形成巨大的冲击。

(二) 权力概念的独立:旧架构的拆除与新体系的建构

如果我们以权力概念为基本法理单位支撑整个公法理论框架的建构,权力概念还需要进一步深入到分权框架中。权力概念必须能够直接贯穿于各种权力的划分、流转与制衡过程。现代公法中的权力概念既可以是像英美法系国家一样被直接整合为一个词——*power*;也可以是像法国那样保留两个关系密切、一定程度上可以通用的词——*pouvoir*(沿袭 *potestas* 的内涵)、*puissance*(沿袭 *potentia* 的内涵)^[75];还可以是像德国那样主要以 *Gewalt* 一词中构筑国

[71] See Gilles Deleuze, Spinoza; *Practical Philosophy*, Translated by Hurley R. City Light Books, 1988, pp. 97-99.

[72] A. Negri, *The Savage Anomaly: The Power of Spinoza's Metaphysics and Politics*, University of Minnesota Press, 1991, p. 69; 转引自韩东晖:《当代西方斯宾诺莎哲学研究述要》,载《哲学动态》2003 年第 7 期,第 34 页。

[73] Spinoza, *Tractatus theologico-politicus*, p. xvi.

[74] *Id.*, p. xvi.

[75] 例如孟德斯鸠基于 *puissance* 的表述提出的三权分立主张,也通用 *pouvoir* 的表述,孟德斯鸠自己在《立法的精神》的同一章(第十一章)中就既用 *pouvoir* 也用 *puissance* 来表述三权。关于 *pouvoir*、*puissance* 与 *potestas*、*potentia* 的关系, see A. Negri, *Trilogy of Resistance*, translated by Murphy, T. S. University of Minnesota Press, 2009, p. vii.

家权力,而对细分的不同职权与权限再使用 *Befugnis* 和 *Zuständigkeit* 加以表述。但是,无论作为基础概念的权力呈现出何种形态,权力概念都已经能够深入到具体的分权设计之中,接替曾经表述具体权力形态的法权概念。至于 *merum imperium*、*mixtum imperium*、*iurisdictio simplex*、*ius regendi* 等权力概念之上的法理架构则基本上完成了拆除或转换,权力架构直接从属于国家主权,形成了与中世纪迥异的公法理论框架。

17 世纪 40 年代的英国资产阶级革命是现代权力学说的“助产士”。自 1642 年英国国王查理一世《对十九主张的答复》起至 1649 年其被处决止,英国爆发了第一波对政府权力之划分及归属的讨论。^[76] 1653 年,英国政治家克伦威尔(Cromwell)实行了第一次政府分权的实际尝试。^[77] 16 世纪以来广为流传的对立平衡理论(*der Lehre von Gleichgewicht*)将权力平衡理论引入宪法学说中,成为孟德斯鸠分权制衡理论的先驱。^[78] 随着博林布鲁克(Bolingbroke)、洛克、孟德斯鸠等思想家对分权的讨论持续深入,权力概念自身的制度建构功能已经日益丰满,他们为各种类型的权力在现代政治与公法体制中的兴起奠定了基础。

对于现代权力概念之最终成型而言,最值得关注我们耳熟能详的英国启蒙思想家洛克。在霍布斯之后,洛克给权力概念带来的转变是又一划时代的事件。洛克对权力概念的重要贡献主要有四:一是确立了政治权力相对于社会中存在的其他权力的特殊性;二是在权力概念之上完成了系统的分权理论,从而使得权力成为构建现代政府体制的基本概念;三是完成了权力与权利之间联系且对立之关系的理论构建;最重要的是,洛克压制了(但没有取消)权力中 *potentia* 的一面,使得权力概念重新开始向纯粹法理的向度收缩,这对现代权力概念的形成是很关键的。

我们可以首先简要地一览洛克对权力概念的思考框架,整个《政府论》的下篇即以洛克对政治性权力(*political power*,与自然权力相对)的思考开始。洛克认为,与父亲对孩子的权力、丈夫对妻子的权力等不同,政治性权力是为保护 *property*(通常译为“财产权”)^[79]而行使的一种只为公共利益而存在的权利(*right*)。^[80] 基于这一点,洛克展开了他的政治哲学结构。在其中,所有旧体系中的概念都得到了重新地安置,它们在原初状态和政治社会中有着不同的定位。这一结构颇为复杂,但主要部分的框架如下:

[76] 同前注[65],第 109—130 页。

[77] Vgl. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, 2003, S. 183.

[78] Ebd., S. 184.

[79] 洛克《政府论》中的 *property* 含义较为宽广,包括了 *lives*(生命)、*liberties*(自由)和 *estates*(财富),see John Locke, *Two Treatise of Government*, II, 123.

[80] *Id.*, pp. 2-3.

1. 在原初状态,所有人的 power 与 jurisdiction 都是相当的,没有人天然地拥有 dominion 与 sovereignty。^[81] 为了约束所有人不侵犯他人的 right,自然法赋予每个人惩罚违反自然法者的 right,这就是执行自然法的 power。^[82] 此时没有人拥有超越于他人的 power^[83],但人人都拥有执行自然法的 power。^[84] 受害人基于自我保存的 right,有将侵犯者的物品或劳务占取的 power;每个人基于保护全人类的 right,都有惩戒犯罪和防止犯罪再次发生的 power。^[85] 注意,个人在此实际上有两种自然的 power:一是在自然法允许的范围内做其任何所认为合适的事情,二是惩戒犯罪。^[86]

2. 政治权力仅起源于契约和协议,以及构成生活的人们的相互同意。^[87] 在形成政治社会时,每个人都放弃了此种天然的保护自我的 power,而将保护生命、自由与财产的权力交给共同体^[88],并将惩罚侵害者的权力交由指定的人专门行使^[89],这就是国家的 power 的基础。^[90] 第一种 power 就成为立法(权)的基础^[91],第二种 power 就成为执行权的基础。^[92] 这两个方面内容的权力加起来,恰好相当于巴托鲁斯体系中 merum imperium 的内容。^[93] 此外,共同体的形成,也就意味着共同体需要处理其与外部共同体及个人的纠纷,这些纠纷原本也是由个人的自然 power 去处理,现在则由共同体解决,此即为对外权的基础。^[94]

3. 在国家中,多数者享有以包括少数者在内的名义行动的 right^[95],亦即多数者享有全体的 power^[96];政府必须基于 right 行使 power,而行使任何人都没有 right 的 power 则属于暴政。^[97]

4. 关于其他概念的处理:对于 authority,洛克没有多加分析,但他似乎认为 authority 是政治权力的一种附属作用,因为只有个人从属于某一政治权力

[81] *Id.*, p. 4.

[82] *Id.*, p. 7.

[83] *Id.*, p. 8.

[84] *Id.*, p. 13.

[85] *Id.*, p. 11.

[86] *Id.*, p. 128.

[87] *Id.*, p. 171.

[88] *Id.*, p. 87.

[89] *Id.*, p. 127.

[90] *Id.*, p. 88.

[91] *Id.*, p. 129.

[92] *Id.*, p. 130.

[93] *Id.*, p. 58.

[94] *Id.*, p. 145.

[95] *Id.*, p. 95.

[96] *Id.*, p. 96.

[97] *Id.*, p. 199.

才会面临该权力的权威(*authority*)。^[98] 对于 *jurisdiction*, 洛克认为, 父权中的管辖权不能简单移植到政治社会中。经过契约或协议建立的政府则对所有人有普遍的管辖权(*jurisdiction*)。^[99] 对于 *dominium*, 原初状态中一个人对他人的私人统辖权(*private dominion*)并不存在^[100], 政府的绝对统辖权(*absolute dominion*)也不存在。^[101] *Dominion* 已经不被用于描述人与人、政府与臣民之间的所有或统辖关系, 而仅仅是用于描述国家对土地的管领关系。

从整个《政府论》所构筑的理论体系看, *right* 与 *power* 毫无疑问是这一体系的基石, *jurisdiction* 与 *dominion* 在政治哲学基础理论中已经被边缘化了, 中世纪的 *imperium* 则已经完全被新体系整合和改造, 以至于对旧体系若没有了解, 就无法寻找它的去向。

在前述概念架构中, *power* 概念仍被分为自然的和政治的两个部分, 但洛克采取了不同的处理方式: 自然的 *power* 已经被当作一种理论上的权力, 在所有人中间相互对等^[102], 与个人自我防卫的自然权利紧密伴随; 政治的 *power* 也是法理上的权力, 而强力(*force*)则被与之区别开来。有学者认为, 洛克用强力的概念吸纳了 *potentia* 的内容, 从权力概念中分离出去。^[103] 这种理解是不完整的。细考自 *potentia absoluta/ordinata* 以降的整个概念史, *potentia* 无论在神学还是政治哲学中都远不等于一种物理性的实际强力, 它只是一种积极地促成和实现的能力。洛克的权力概念及其相关结构也远较此种简单分离的图式更为精巧, 他在每一个层次上都采取了一种类似于 *potestas/potentia* 的“支配—实现”二分法: 首先, 洛克划分出的两种权力——立法权和执行权, 即通过立法作出规定的权力和通过惩戒使法律得以实行的权力, 正好对应了 *potestas* 和 *potentia* 的划分。其次, 洛克在权力与强力之间进行划分, 也相似于 *potestas* 与 *potentia* 的分野, 洛克一方面制造了(不正当的)强力与(正当的)权力的对立^[104], 另一方面又将个人的强力作为执行权运行之必要辅助部分^[105], 从而在权力的相关外部结构中将强力安置下来。再次, 洛克甚至在强力内部也实行了二分, 它一方面是以“同意”的数量计算其大小的一种政治力量^[106], 另一方面又

[98] *Id.*, p. 11.

[99] *Id.*, p. 120.

[100] *Id.*, p. 25.

[101] *Id.*, p. 174.

[102] *Id.*, II, p. 4.

[103] *Id.*, II, 16—19, and see R. Tuck, “Power and Authority in Seventeenth-Century England”, *The Historical Journal*, vol. 17, no. 1, 1974, p. 43.

[104] *Id.*, p. 126.

[105] *Id.*, pp. 88, 96, 130, 131.

[106] *Id.*, p. 96.

是辅助执行权运行必不可少的自然强力(natural force)。^[107]正是这种层峦叠嶂式的二分使得 potestas 与 potentia 的双重脉络在洛克的学说中最终失去了明确的定位,从而在此后的权力学说中不再可追踪,但却深深地潜藏在现代权力概念之中,使得规定和实现的能力都成为权力概念的一部分,强制力与权力有所区分但长相伴随。权力概念形成了一套更加有层次性的外部结构,这看起来比单纯在内部容纳两条脉络更为清晰而完备,但是也削弱了权力概念内部的法教义学构造。

与此相比,一个更加影响深远的变化是:power 概念与 right 概念形成了全方位的关联,形成了中世纪公法理论中不曾出现的新型概念关系。政治意义上的 power 本质上就是一种 right。^[108]如前所述,它一开始就是为了保护 right (部分情况下以 property 加以具体化)不受侵犯,也只基于 right 才具有正当性;与 right 相冲突的 power 是应被否定的。基于这一点,right 就形成了对 power 的支撑和制约关系,构成了现代公法理论的一个核心。公法学的一些新近发展,例如英国学界热议的“以权利为基础的行政法”(right—based administrative law)或“以权利为基础的审查”(right—based review)^[109],亦以此为最终的理论根基。权利与权力之间这种既支撑又制约的关系的形成,在中世纪晚期以前的公法理论中是陌生的。Ius 与 potestas 从未处于一种制约甚至对立的关系之中,这主要是因为在中世纪直至文艺复兴时期,ius 更多地呈现出客观法(正义)的内涵,而其主观的个人权利一面形成较晚^[110];但个人权利的兴起并不是这种转变的唯一原因甚至主要原因。权力概念的形式化和实证化使这一概念本身不再依托于某种直接表述正义的法理结构,而仅仅依赖于各种各样拟制或实际存在的转让和授予,才使得它最终脱离于权利概念而独立。即使是在洛克的体系中,政治权力的形成也是基于同意和协议,它仅仅受制于那种宽泛的自我保存或惩戒犯罪的权利,而各种具体权力不再需要由具体权利衍生出来。只有这样具备独立性的权力概念才能直接架设现代政制中的分权架构,从而完成政府体制的实证化、系统化构造。独立的权力概念接管了此前叠床架屋而又含混不清的旧体系,权力的自然状态、自然权力向政治权力的转变、政治权力的类型、边界与相互关系皆可以通过统一的权力概念得到说明,政治理论及公法学说也就没有必要增添过多的实体。自此,公法学也就逐渐形成了以权利体系、权力体系及其相互关系为核心的现代公法学版图。

^[107] *Id.*, pp. 88, 130, 131.

^[108] *Id.*, p. 3.

^[109] See Jason Varuhas, “The Reformation of English Administrative law? ‘Rights’, Rhetoric and Reality”, *Cambridge Law Journal*, vol. 72, no. 1, 2013, pp. 369-413.

^[110] 同前注[19],第 69—95 页。

三、权力概念发展的停滞

现代权力概念及其理论的生成,是17—18世纪思想史的一个重要事件。与福柯(Michel Foucault)对17—18世纪所关注的几个重点领域——一般语法、自然史及价值分析的发展相比,权力概念的有关理论在构型(configuration)上也有着异曲同工之妙^[11]:它具备归因(attribution)、表述(articulation)、指称(designation)和衍生(derivation)的完整结构。具体而言,在被归因于获取未来好处的现有手段(present means)^[12]之基础上,各种现实的权力现象被识别,部分现存的权力类型逐渐获得了专门的命名(指称):立法权、执行权、司法权、对外权,等等。通过刻画权力的现实表达——拥有、支配、裁决、执行等,权力在理论中被赋予了某种类似于财富理论的表述。权力的“衍生”方式——放弃、委托、让予、转让和集中等颇有商业意味的术语则与财富理论的“衍生”方式——流通与贸易中的各种交易行为几乎呈现出共通的形态;借此形成的主权、社会契约、政府权力及其分权结构,正是权力理论的衍生结构。它与财富理论的衍生结构也颇有共通之处。例如,社会契约本身就非常类似于使财富理论中所有价格成为可能的那个拟制共识基础。^[13] Power,类似于一个货币单位可以表象多种等价物,或者一个分类学特征有能力表象多个种属^[14],已经可以作为一个基本符号,表象过去由 imperium、auctoritas、dominium、iurisdictio 等众多具体的支配性关系,这就使得整个权力理论具有了与当时自然史、财富理论及一般语法学相似的知识型(l'épistémè)。似乎还有一点是未尽明朗的:权力学说似乎缺乏像自然史中的结构与特性、财富分析中的价值与价格这样的因素,能贯穿整个理论体系并奠定理论内部的连续性。不过,如果我们仔细分析17—18世纪权力学说,可以发现霍布斯和洛克在不同的方向上已经建立了此种基础性的要素。霍布斯给权力赋予的“获取未来好处的现有手段”的内涵完全可以承担此种角色:权力的所有运用是基于优势获得好处的行为,而其宣称放弃(renounce)、转让(transfer)、托付(confer)、授予(authorise)等则是为了某种好处(例如自我保全)而向共同体让渡与集中个体优势的行为,通过权利或权力的变动形成了它的衍生结构。洛克的权力概念,如前所述,被界定为保护权利的一种特殊的权利,此种权利经由放弃(quit)、让予(resign)与转移

[11] 关于这一构型的基本图式, see Michel Foucault, *The Order of Things: An Archaeology of the Human Sciences*, Routledge, 1970, p. 219. 译法部分参考福柯:《词与物——人文科学考古学》,莫伟文译,上海三联书店2001年版,下同。

[12] *Supra* note [57], p. 132.

[13] See Michel Foucault, *The Order of Things: An Archaeology of the Human Sciences*, Routledge, 1970, p. 197.

[14] *Id.*, p. 201.

(transgression)等变动方式则同样形成了权力的衍生结构,其中“保护权利之权利”的特性也维系着贯穿洛克政府权力学说的连续性与一贯性。由此,权力理论也借助和一般语法、自然史及财富分析相类似的构型,完成了自身的基本框架。

但是,权力理论最终没有走向更为复杂而精致的体系,权力理论本身的精度和复杂度与19世纪以后的语法理论、生物学及经济学日益拉开距离。这一结果也许是由两种原因造成的:一是权力现象并不像自然史或价值分析那样有清晰可见甚至可精确测量的经验现象作为基础,从而能够支持复杂而精致的理论结构;二是权力概念体系的各种主张带有较强的建构色彩,甚至本身就属于某种政治主张,它在本质上就没有走认知思维和经验科学的思路,采取此种思路认知权力现象的社会学在19世纪才兴起。这使得17—18世纪的权力概念体系及其法理结构没有走上林奈(Carl von Linné)式的分类学路线。随着现代主权国家建构的基本完成,权力概念的体系又恰逢基于表象整理经验的笛卡尔秩序(Cartesian order)衰落^[115]:语言离开了表象的层面,而知识的纯粹形式获得了相对于所有经验知识的自治性和主权,催生了一次又一次将所有具体对象加以形式化(formalize)进而构建纯粹科学的进程。^[116]自洛克以降,在公法和政治理论中,既是由于权力概念中 potestas 一面的强势,也是由于制宪及议会立法对权力形成了较为明确而具体的配置,使得形式化建构进程偏向于宪法规范和法律关系方面,像霍布斯那样辨识现实世界中的权力现象的尝试已经在公法学中逐渐消失。17世纪以后公法理论更多地转向了在思维形式中设想、构建和反思权力的努力,而不是具体地发现和勾勒事实上的权力。例如,19世纪著名的行政法学家杜克洛奇(M. Ducrocq)认为:“思维只能设想两种权力:制定法律和执行它的权力,此外没有第三种权力存在的余地。”^[117]这也许可以成为权力概念发展史的一个注脚。

然而,进一步地深入思考揭示的答案也许还不止这样简单。实际上,自19世纪上半叶开始,权力概念的发展开始趋于停滞,但其他一些概念却恰恰迎来了迅速发展的繁荣时期。在法学的知识体系内部,纯粹科学和形式化的努力也在发生:学者们对法律、权利、义务、国家、行为、法人等一系列基础概念所作的努力,尽管也没有从经验科学的路线出发,也构筑了繁复而精巧的体系,但这一系列概念分析的努力在很大程度上绕过了权力概念。20世纪公法学中的权力理论相比18世纪至19世纪初所形成的关于权力之学说并没有实质性的进展。

[115] *Id.*, p. 235.

[116] *Id.*, p. 270.

[117] F. Goodnow, *Politics and Administration: A Study in Government*, Macmillan, 1900, pp. 12-13.

这种停滞在三个方面给人留下了深刻的印象：

第一，权力的谱系学发展几近完全停滞，权力概念在很大范围内失去了识别新型权力现象、建构新框架的能力。在英国，霍布斯曾经发现和归纳多种多样的权力。然而，随着资产阶级革命的继续进行和新政府的建立，到洛克的时代，权力的描述就成为纯粹的理论构思，再往后就进一步转变成规范上的刻画和研讨^{〔118〕}，对外权(federative power)等设想更是几乎从后来的公法学中消失了。在法国，大革命期间曾经涌现过多种关于权力类型的主张^{〔119〕}（行政权的概念也是在此期间提出的^{〔120〕}），但随着资产阶级统治的逐渐确立，在基佐(Guizot)将法国的行政权与执行权概念直接联结起来后^{〔121〕}，权力类型理论就此定型，缺乏新的有意义的进展。在美国，由于建国较晚，立法权、执行权与司法权的划分在建国伊始就在制宪中成为“正统”的权力分类，直到舶来的行政权概念冲击公法学界，出现了至今争辩不息的议题。^{〔122〕} 在德国，黑格尔时代关于权力类型的一些设想，也随着各邦国的制宪和德国的建国逐渐消散于历史舞台。已经建立的权力类型开始“收编”各种各样的权力现象，曾经纷繁复杂的权力描述和权力类型构思被不断任意收纳进既有的权力类型内。^{〔123〕} 由于立法权和司法权的形态相对确定——它们主要出于对历史上既存权力形态的归纳，而行政权概念是18世纪末人为构想的结果^{〔124〕}，大量旧存或新兴的权力现象被收纳于行政权概念中，这导致当代的行政权概念已经很难作出正面的清晰界定，甚至不得不寻求所谓“除控”的定义方式。^{〔125〕} 像孙中山提出的“五权宪法”这样革新权力类型的努力，在世界范围内的主流公法学知识体系内相对地处于边缘化的位置。权力的谱系学图景，早早走入了一种徘徊不前的状态，导致公法学的理论发展空间被一定程度上封闭了，新的权力现象不断产生，却又很难塞进权力概念的旧架构之中，出现了种种问题。例如在美国，当行政机构像政府中

〔118〕 在英国，自光荣革命完成以后，18世纪早期的作品已经有此种趋势，一个例子是马修·赫尔(Matthew Hale)对法律上权力的讨论。See J. Berman, *Law and Revolution II*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 296.

〔119〕 Stein, Lorenz. *Die Verwaltungslehre*, I, Stuttgart, 1865, S. 11.

〔120〕 同前注〔32〕，第90—91页。

〔121〕 Charles Seignobos, *La Séparation des pouvoirs*, *La Revue de Paris*, année 2, tome 1, 1895, II, 12.

〔122〕 同前注〔32〕，第90—91页。

〔123〕 同前注〔32〕，第118页。

〔124〕 *Supra* note〔113〕, p. 270.

〔125〕 不少法学家主张只能运用排除法界定“行政”和“行政权”的范围，例见奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2004年版，第8页；盐野宏：《行政法总论》，杨建顺译，北京大学出版社2008年版，第2页；陈新民：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社2002年版，第14页。

无头的“第四部门”(a headless “fourth branch” of the Government)出现时^[126], 长久存在于公共想象中的“过分简单化的”三权分立原理便无从解释此种权力的法律地位及正当性基础。^[127] 行政权还是一个已经在许多欧陆国家已经成型的权力类型,对于真正的新兴权力形态,权力概念在当前主流公法理论的范围内已经难以提供新的容纳空间,这对于公法学弥合理论与现实的裂痕是不利的。尤为重要的是,如果对于丰富多样的“社会公权力”还沿用基于社会契约论的政府三权框架去分析^[128],将很可能构成权力认知的过度同构化,难以准确认识和把握各种社会权力的真正特性及其规范方法。

第二,权力概念的内部法理构造迟迟未得到深入挖掘,离法学家们在权利概念内部取得的法理学成就渐行渐远。或许是由于罗马私法更为发达的历史影响,与权利概念相比,权力概念的内部法理构造相对薄弱。相对于广义权利(Berechtigung)中由权利(Recht)、权能(Befugnis)、权限(Zuständigkeit)、取得期待(Erwerbsaussichten)等概念组成的多层复杂结构^[129],权力概念的法理层次较为单薄,也没有一个被正式承认的广义权力概念将主权、治权、权力、职权等包含有属性概念整合到一起。与狭义的权利(Recht)概念相比,狭义权利概念之下发达的支配权、请求权、形成权及抗辩权等组成的权能体系相比,权力概念下的法理支撑结构显得较为薄弱。相应于私法中的权能和权限概念,公法中也有相应的职权(Befugnis)和权限(Zuständigkeit)之术语,但远远未发展出私法那样层次鲜明、结构清晰的体系。判断、评价、决定、裁量、强制执行等作用形态在理论架构上被和权力概念割裂开来,似乎这一切只和行为的样式有关。近代法学家曾经作出的一些努力已经难以为继,例如孟德斯鸠曾经为权力的概念发展出创制、反对、批准、否决等类似于权能的作用(faculté)^[130],但没有被现代公法加以充分发展。曾经被整合进权力概念的丰富资源——potestas、potentia, ius等,在洛克以降的时代一直没有发挥其完整的法教义学潜能。

获得议会立法的合法性支持的种种权力已日益不需要以权利作为其法理基础,而可以更加独立地诉诸某种直接乃至间接的民主意志之正当性。19世纪欧陆行政法制度发展及理论争鸣中出现的一系列现象——巴黎学派对普瓦

[126] See James Freedman, “Crisis and Legitimacy in the Administrative Process”, *Stanford Law Review*, vol. 27, no. 4, 1975, p. 1048. 美国宪法中的“三权”是立法权、执行权(the executive power)及司法权,学界对行政机构及行政权的法律地位曾有长期争议。另参见前注[32],第106—107页。

[127] *Id.*, p. 1075.

[128] 同前注[9],第79—101页。

[129] 参见申卫星:《对民事法律关系内容构成的反思》,载《比较法研究》2004年第1期,第42—54页。

[130] Montesquieu: *De l'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI.

捷学派的优势^[131]、撤销之诉及形式合法性审查在大陆法系行政法中占据的重要地位、德国行政诉讼的南德方案与北德方案之争^[132]，都可以看作权力及其合法性基础而非主观权利及其保障体系作为行政法基点的某种体现。其中，意大利的早期行政诉讼制度更是直接排斥了主观权利作为行政诉讼的基础——在行政诉讼中，公权力侵害的对象并不是主观权利，而是与公共利益有关的某种法律利益。^[133]形式法治国的思潮在19世纪高涨，在德国19世纪末的学说中，立法权不受制约，所谓法治国家仅仅意味着依法律行政与依法律司法。^[134]这一时期本应是权力概念及其法理发展的鼎盛时期，然而理论思考的重点只是权力的形式合法性基础，而不是它本身的法理结构。一个很重要的原因是，在19世纪晚期以前，代议民主的权威并未受到真正的挑战，“除将男人变成女人又将女人变成男人外，巴力门(Parliament)无一事不能为。这是英国法家所共同主张的基本原理”。^[135]人们只关心权力的合法性基础，而似乎忽略了权力本身的品性及理由。在一个权力中的意志因素对理性因素取得巨大优势的年代^[136]，我们似乎无法期待权力概念本身的思考取得多大突破。

二战结束至今，《世界人权宣言》的诞生、《欧洲人权公约》等一系列国际条约的制定、基本权直接拘束力的确立与第三人效力的产生^[137]、英国《人权法》等重要立法的通过，更使权利概念在公法学中日益“显赫”。权利概念在公法中占有越来越重要的地位，而对权力概念的思考深度和内部解剖则实质上停滞了。相比起20世纪社会学和文化理论对于权力的丰富研究，公法学上的权力概念没有深入检视内部的尺度和结构。它在外部法理结构方面也缺乏深入的研究，反而是来自权利概念的思考顺便帮助权力概念获得了某种广为人知的法理定位，或者甚至回过头来从权利的角度着手处理了本属于权力理论的问题。霍菲

[131] 巴黎学派主张创建一门独立于宪法学之外的行政法学，认为行政法就是这种追求作为社会性作用的行政所进行的公益的法律，具体分为管理人的行政（警察行政）和管理物的行政（各种服务行政）；普瓦捷学派则坚决反对巴黎学派关于将行政作用法从宪法中分离出来的观点，它将行政规范理解为对个人自由的限制，以尽可能地与人权研究相结合。在19世纪，巴黎学派占据了优势地位。参见关保英主编：《外国行政法编年史》，中国政法大学出版社2009年版，第3页；何勤华：《法国行政法学的形成、发展及其特点》，载《比较法研究》1995年第2期，第170—179页。

[132] 北德方案主要致力于客观合法性审查，南德方案则强调对个人的保护，强调以主观权利受侵害为行政诉讼的前提。北德方案在历史上有更大的影响力。Vgl. Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 6. Aufl., 2005, S. 31.

[133] 参见 Giampaolo Rossi:《行政法原理》，李修琼译，法律出版社2010年版，第272页以下；同时感谢意大利卡拉布里亚大学达尼罗·帕帕诺(Danilo Pappano)教授对此问题作出的解答。

[134] 王贵松：《依法律行政原理的移植与嬗变》，载《法学研究》2015年第2期，第80—98页。

[135] 戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版，第119页。

[136] 参见苏宇：《理由的浮沉：透视公权力合法性基础的变迁》，载《清华法论衡》第18辑(2013)，第303—327页。

[137] 参见陈新民：《德国公法学基础理论》(增订新版·上卷)，法律出版社2010年版，第335页以下；张巍：《德国基本权第三人效力问题》，载《浙江社会科学》2007年第1期，第107—113页。

尔德关于权利概念的法律关系所作的结构性思考^[138]、基本权对私法关系的辐射^[139]、“特别权力关系”的消亡和“重要性理论”的兴起^[140]等,都是典型的例子。

第三,权力概念的基础理论欠缺强有力的更新,导致新兴公共权力的合法性基础面临难以获得充分解释和证立的危机。在 20 世纪的大部分时间的主流学说里,公共权力的基础仍然局限于某种主权者意志的逻辑中。公共行政的合法性基础一度被局限于一种“传送带”(transmission—belt)式的图景,行政机构被假定为像传送带一样执行由选举而获得正当性的立法机关的意志^[141],当此种“传送带”式的假定已经力不从心,仅仅将政府权力限于制定法的边界并保证最低限度的形式正义,并不足以检视政府行为的有效性^[142],尤其当行政过程中隐藏的政治过程本质得到揭示,行政法理论便深感有重构的需要。法律中明确有授权基础的行政权之兴起已经使美国行政法学感到面临危机和有重构的必要;法律中尚未有明确授权基础的其他权力的生成与发展,更使公法学面临许多崭新的挑战。

不幸的是,权力的法理学知识已经完全与社会学过程割裂开来,与经验及表象世界割裂开来;公法学视野中的权力仍然是基于社会契约之假说一次性全部转移和集中、然后再基于第二重契约或委任(emploi)而再转授的产物^[143],它只能通过类似新增“插件”的方式解释公法中那些不断新增的权力内容——基于局部的同意而形成的协商性治理权力、从笼统而含糊的法律授权中广泛滋生的行政裁量权^[144]、强大的垄断性企业对个人数据、信息及言论所拥有的处置权力,等等。在公法学中,权力概念已久未重返表象世界以接上经验秩序的“地

[138] See Wesley Hohfield, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, *Yale Law Journal*, vol. 23, no. 1, 1913—1914, pp. 16—59.

[139] 基本权作为整体法秩序的价值基础,并约束所有的国家机关,深刻影响到整体的法律秩序,并获得法的普遍适用。德国学者称这样的法律效果为基本权的扩散作用。这就使得基本权利渗入到整个权力的运作秩序中,为权力系统的运作提供了价值导引。参见赵宏:《作为客观价值的基本权利及其问题》,载《政法论坛》2011年第2期,第57—70页。

[140] 德国公法曾将某些具有内部管理色彩的社会关系视为“特别权力关系”而非法律关系,排除司法审查。自 20 世纪中叶开始,随着基本权利日益受到重视,涉及基本权利的重要事项被纳入司法审查的范围,而特别权力关系理论逐渐遭到弃用。有关特别权力关系理论的衰落及重要性理论兴起的复杂变化,参见湛中乐:《再论我国公立高等学校之法律地位》,载《中国教育法制评论》第7辑(2009),第30—73页。

[141] See Richard Stewart, “The Reformation of American Administrative Law”, *Harvard Law Review*, vol. 88, no. 8, 1975, pp. 1675—1676. 译法参考斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岗译,商务印书馆 2002 年版。

[142] *Id.*, p. 1759.

[143] 在近代契约论者中,维多利亚、普芬道夫支持双重契约,即所有人先缔约组成共同体,共同体再与政府缔约,形成具有正当性的政府权力。卢梭反对此种说法,他认为政府的产生并不是一项契约,而只是一项任用(emploi)。Rousseau. *Du contrat social*. Chapitre 3. 1.

[144] *Supra* note [141], p. 1677.

气”，“躲进小楼成一统”的理论反思也不能保证知识的纯粹形式性——它已经放弃了体系法学那种纯粹形式性的哲学演绎，满足于在社会契约论和传统分权理论的基础上不断“打补丁”。各种各样新增的“插件”或“补丁”与原有的体系仍然勉强衔接了起来，但却日益难以实现内部的体系化。随着社会的发展和各种新兴力量的形成，许多现实存在的力量已经隐约具有了权力的色彩：行业协会的制定标准与披露业内信息的力量、传媒机构审查和删帖的力量、信用体系的各方维护者对失信者进行联合惩戒的力量、公安机关与群众组织进行治安联防的力量、多方参与社区治理形成的力量等，都形成了潜在的现实权力；它们不仅完全能够满足霍布斯式的“获取利益之优势”的权力定义——可以直接成为获取某种利益的优势，或如《利维坦》第一卷第十章列举的种种例子那样，影响到此种优势的获取；而且在相当程度上具备或可以转化为一种威胁性的乃至支配性的力量，但却没有被赋予充分的规范内涵。因为权力概念在规范层面的法理构造很大程度上借鉴了权利概念，只有当它以某种高权性的公法主体的意志行为（甚至是意思表示）的形式体现时，规范才会充分地关注和定位它们。对于丰富多样的新兴力量，公法学只能通过“挂靠”现存规范中已经清晰可辨的某种权力才能把握和处置它们。近几十年兴起的多元治理（plural governance）研究，在建构理论基础时更是基本上绕开了权力概念的变革，然而多元治理正是权力架构在国家与社会中经历意义深远的变革与调整的结果。如果权力概念本身没有能力对此提供充分的法理阐释，治理理论与行政法学教义学体系就很难真正衔接和融汇。

不仅如此，更重要的是，权力概念的基础理论停滞在国家或政治共同体的层次，仅限于谈论几种最重要的权力类型及其关系，被抽空了下位法理结构和基础理论的大量具体权力，在大量的制定法中几乎是任由立法机关随意配置，公法中像次生丛林一样任意生长的权力只是立法者的某种偏好，许多具体权力的配置只需要立法机关在某一特定时期的多数票，公法理论体系在具体层面的建构与证成日益困难。对立法机关随意配置权力的限制来自宪法，并且越来越多地是来自于宪法中的基本权利规范；基本权利的效力体系日益完备，相反，基于现行的权力概念却已经很难提供某种教义学体系对这些实证性的具体权力配置进行系统性的规范与指引。权利概念的复杂内部结构已经在一套由历史长期演化而成的、盘根错节的规范与理论体系中得到塑造，权利与利益的具体样态在规范空间内不断生长和演化，立法（包括制定法典和进行汇编等）则不断对新的社会生活经验、新的规范需求与既有体系之间的各种关系进行梳理与整合。相比之下，公法制度的发展已经开始更多地走向了实用性的制度设计，而不是依托成熟的法理体系进行系统的演化与拓展。如果权力的具体配置彻底倒向制度设计或许也是好事，至少权力系统在效能上会得到优化和提升，问题

是,机制设计理论(mechanism design theory)等真正能够指导此种设计的理论在公法学中声音甚微^[145],也没有为权力的内涵带来新的东西。

权力概念发展的停滞与权利概念的高歌猛进形成了鲜明的对比。自18世纪末、19世纪初开始,在权力概念开始陷入停滞的时期,正是法权——尤其是其中的主观权利——得到迅速发展的时候。权利概念的迅速发展,并不仅仅是因为罗马私法提供了雄厚的历史积淀,更是因为人类的知识型正在发生深刻的变化:“18世纪的最后几年被一种与17世纪初摧毁文艺复兴思想的东西相对称的不连续性所打断……知识移居于新空间内。”^[146]“这个事件以其视野、其所影响到的层面的深度、其成功解离并重组的所有实在性(positivities),使它在仅仅几年以后拥有席卷我们整个文化空间的主权性权力(sovereignty power)”^[147]在这场知识型的变迁中,“人在19世纪初被建构起来”^[148]，“在知识中创立人这个可能性,这个新形象在知识型领域的出现,暗含着一个从思想内部萦绕着思想的命令”,这个命令的形式并不重要,重要的是“这一思想本身既是知识,又是对所知内容的变改(modification);既是反思,又是反思对象之存在方式的转化(transformation)”^[149]。此种思想必然超出了以客观性知识为基础的知型及其精神结构。在19世纪初,有关人本身的思考的主体性哲学高歌猛进,自由意志在近代法哲学中取得了如同基石的地位,在这场对人本身的反思中,法律人格、权利能力以及主观权利的整套理论被从主体性观念的内部建构起来,这一切为权利概念的迅速发展奠定了良好的基础。学者们将主观权利(或至少是其中的形式要素)视为个人的意志之力(Willsmacht)^[150],它奠基于“自为地自由的意志”。^[151]在19世纪,自康德和黑格尔开始,权利的知识直接从人的主体性出发而得以生成,这和17、18世纪学者们认识权力的方式全然迥异。基于此种面向人本身的知识型,现代权利概念所取得的种种成就,并

[145] 机制设计理论本质上是博弈论的逆向展开,即设定博弈的理想均衡目标和参与者结构,倒推博弈的初始条件设置。在美国,已经有学者基于机制设计理论探讨行政法的问题,但此种尝试在全球范围内仍属鲜见。有关这方面探索的一些实例, see E. Fisher, “Drowning by Numbers: Standard Setting in Risk Regulation and the Pursuit of Accountable Public Administration”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, no. 1, 2000, pp. 109-130; B. Richman & C. Boerner, “A Transaction Cost Economizing Approach to Regulation: Understanding the NIMBY Problem and Improving Regulatory Responses”, *Yale Journal on Regulation*, vol. 23, no. 1, 2006, pp. 29-76.

[146] *Supra* note [113], p. 235.

[147] *Id.*, p. 239.

[148] *Id.*, p. 359.

[149] *Id.*, p. 356.

[150] 同前注[66],第39页以下。黑格尔将主观权利视为意志之力,而耶利内克仅将意志之力视为权利的形式要素。

[151] 参见黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆2016年版,第50页。

不是权力概念可以轻易达到的。

在新兴法哲学思潮的冲击下,权力概念也曾试图通过某种公法人的人格(例如国家)进行阐释。但是,一个更根本的障碍出现了。学界对权力的归属产生了分歧。一种曾经相当流行的意见是:“不是国家而是法律拥有权力。”^[152]现代行政法的奠基者之一奥托·迈耶(Otto Mayer)的法治理论似乎也印证了这一说法。在他的学说中,国家意志是以公权力为其后盾的,它不等于公权力,而只有以法律形式所表述的国家意志才会被赋予相应的作用力,“这个作用力就是立法权力”^[153];而“合乎宪法的法律最重要的特征是包含于其中的权力,即作为法律规定施行的能力……”^[154]问题是,权力被包含于法律之中,而法律并不具备公法或私法上的人格,它自身不是某种主体。既然如此,权力概念也缺乏人格性的法哲学基础,难以从主体性的基础获得充分的阐释和展开。也许是出于对人格性权威及极权统治的恐惧,在19世纪到20世纪的公法学著作中,鲜见明确将国家作为某种法律人格并将权力作为体现此种人格之体现的主张,这就使得权力概念很难重复权利概念所经历的发展过程。它的根依然深扎在17、18世纪的社会契约论之中,极为细腻的人格性内涵丰满了权利概念的血肉,但并不能温暖权力概念的灵魂。如果权力的“战争-镇压”图式不能成为一种规范理论的话,“契约-压迫”图式仍然是现代政治理论乃至公法理论中权力分析的唯一图式。^[155]这种图式不单在知识型上缺乏19世纪“人之科学”(the human science)那样的深度,也缺乏丰富的历史素材——在罗马法之中,尤其是在《法学阶梯》与《学说汇纂》中,能够支撑此种图式的内容加起来大约仅有《学说汇纂》五十卷之中一卷左右的篇幅,相比起罗马私法在19世纪对德国民法学说发展所提供的大量素材(以及中世纪以来的各种注释和评论),权力概念的发展颇有“无米之炊”的困惑。不仅如此,随着规范实证主义的兴起,在法学的视野中,人们越来越习惯从规范体系内部去掌握和展开权力的概念,权力概念越来越难重返表象世界和经验秩序并从中吸取灵感。它的停滞或许是无可避免的事情。

[152] 施米特:《政治的神学》,刘宗坤等译,载施米特:《政治的概念》,上海人民出版社2004年版,第16页。这是施米特抨击的观念,并非施米特本人的主张。

[153] 奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2004年版,第66页。

[154] 同前注[153],第68页。

[155] 关于“战争——镇压”图式(将政治看作战争中表现出来的力量不平衡的确认和继续,将权力看作这场“通过其他方法继续的战争”中建立起来的镇压力量)和“契约——压迫”图式(权力由政治契约建立,在超出契约时有变为压迫的危险),参见福柯:《必须保卫社会》,钱翰译,上海人民出版社1999年版,第14页。

四、权力概念的变革:关于重塑权力概念的设想

权力概念在公法学中的发展似乎迟滞了。面对这一局面,我们也许需要深入反思过这样一个问题:权力概念需要一场大的变革吗?如果变革,又应当如何改变呢?

从现有的公法学理论看,权力似乎已经得到比较妥善的安身之所:宪法通常规定其基本框架及整体配置;宪法以下的各种法律规范通常进行具体授权并规定权力行使的前提、范围、方式、程序等内容;司法审查、行政复议、行政监察、公众参与等制度为权力的运行提供各种内部或外部约束;权利(尤其是基本权利)通过“以权利为基础的审查”(right-based review)^[156]、客观价值秩序或制度性保障等方式对权力实行更深层次的制约,各种权力运行的说明理由制度也得到日益发展,等等。在这一系列公法制度构筑的框架之中,权力似乎已经在很大程度上受到约束和控制,公法学的基础理论——至少在权力概念这一领域——似乎不必再画蛇添足了。

然而,空洞而陈旧的权力理论在应对前述种种问题特别是处理新型权力上的困难,迫使我们不得不反思这一概念的法理结构。在我们的时代,权利理论已经开始了全面的革新:“新财产权”(new property)和“新新财产权”(new new property)概念的诞生对此前未由主体性法哲学衍生出的社会福利形成了保护^[157];“权利伴影”(Penumbra)理论的出现扩展了权利概念在个人隐私等领域的涵盖范围^[158];第三人权利(Drittrechte)及事实上利益保护说的兴起也使得主观公权利的保护范围延伸^[159];等等。这一切变化难道在权力领域就没有相应的体现吗?每一种新型权利或延伸范围的保护,以及新型权利或延伸范围背后社会经济关系的维持,都隐含着大量实际存在的新兴权力形态。前文所列举的例子甚至包含混合了公私法内容的、复杂而精致的权力,它们应当如何得到准确的定位和把握?对于检察权、审判权、监察权、考试权等20世纪以后被主张和实践的权力形态,以及对外权、警察权、市政权(Pouvoir municipal)^[160]等相对较早被主张或实践的权力形态,我们是否可以寻求一种新的理论体系将其纳入

[156] See Jason Varuhas, “The Reformation of English Administrative law? ‘Rights’, Rhetoric and Reality”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 72, no. 2, 2013, p. 369; see Poole, Thomas, “Legitimacy, Right and Judicial Review”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 25, no. 4, 2005, p. 702.

[157] See Charles Reich, “The New Property”, *The Yale Law Journal*, vol. 73, no. 5, 1964, pp. 733-787; David Super, “A New New Property”, *Columbia Law Review*, vol. 113, no. 7, 2013, pp. 1773-1896.

[158] 参见张千帆:《西方宪政体系》(上册),中国政法大学出版社2004年版,第287页。

[159] 参见王和雄:《论行政不作为之权利保护》,台湾三民书局1994年版,第59页。

[160] Vgl Lorenz von Stein, *Verwaltungslehre*, S. 11.

某种系统化的框架之中？是否可以通过权力概念法理构造的重塑，完成公法学基础理论的重大突破？这些都是引人深思的问题。

进一步看，权力现象是政治社会中最活跃的现象之一，它不停地伴随着每一种政治及社会经济文化活动生成、运作。对权力概念寻求更为深刻的理解，使得规范世界能够不断准确认识和恰当切入经验世界，对权力形成有效的规范与治理，始终是公法学的一个重要任务。本文对此无法提供某种一蹴而就的总体方案，但至少以下几个方面努力仍然是值得探索的：

第一，重新认识权力现象，开启更宽阔的视野，观察国家和社会中实际运行着的权力框架与秩序，革新权力的基础理论。当规范上的权力与实际社会生活中的权力日益相去甚远，我们就必须重新检视我们认识权力的方式。从前，公法学的基础理论以对待财产的方式去认识权力，用拥有、放弃、转让、集中、委托等方式把握权力的变迁（更进一步的则是用信托的方式^[161]），但此种认知对于现代的权力现象而言已经滞后，它们已经不能表达社会影响力与支配力的实际形态，造成权力认知上法理层面与事实层面的脱节。

权力的产生和运行方式几乎永远深嵌在同一时空的社会之中，和语言秩序、生产秩序及生活方式融为一体。对于当前乃至未来社会而言，基于信息系统而非财富理论的话语或许能够更好地刻画新的权力现象：它不只是简单的拥有、放弃、转让、集中，更是了解、渗透、影响、传播、封锁、污名化等，“轻推”的规制方式、转介行政（*Vermittelnde Verwaltung*）^[162]和基于规划的间接调控日益成为重要的权力运作形态；“通过信用的治理”也已经成为政府规制工具的重要组成部分。^[163]这要求我们更深入地革新有关权力概念的基础理论，为现实中新的权力事实形态匹配合理的法理结构。基于信息生成、发布与传播的确认、评价、宣示和影响已经成为权力秩序中不可或缺的一部分，权力的内涵正越来越多地吸纳信息传播结构与影响力的内容。对于现代国家和社会中的权力，同意、转让和集中未必适合仍然作为公权力理论来源及正当性基础的唯一依据；类似于信息安全属性的可靠性（*reliability*）、可用性（*availability*）、持正性（*integrity*）与负责性（*accountability*）等^[164]或信用经济上的风险评价、杠杆作

[161] See Fox Decent, *Evan. Sovereignty's Promise*, Oxford University Press, 2011: 93.

[162] 参见施密特·阿斯曼：《秩序理念下的行政法体系建构》，林明锵等译，北京大学出版社2012年版，第160页。

[163] 参见王瑞雪：《政府规制中的信用工具研究》，载《中国法学》2017年第4期，第158—173页。

[164] 这方面的一个例子是美国政府问责办公室，它需要恪守的基础价值包括负责性、持正性（*integrity*）、可靠性等，这些价值又细分为诸多子价值，参见曹蕊：《美国专门问责机构研究》，载《行政法学研究》2013年第3期，第129—137页。此种价值尽管在某种程度上也可以认为是基于契约论，但却较之单纯的拟制同意要精致得多，而且吸收了信息系统及信息安全的属性，更为贴近现代社会对公共系统属性的需求。

用对权力概念及其法理构造的影响应当得到全面的审视。在此,整体的社会契约假说需要与个案中个体的认知、需求、反馈与评价结合起来,打开认识权力的新维度,特别是在行为方式或作用方式维度以外加上认知(信息)维度和价值(评价)维度,将一维的权力内涵转化为多维的权力内涵,为权力概念的法理结构革新拓展足够的空间。

第二,革新权力概念的内部法理结构,从理论到制度上重新梳理和构造权力的法律形式。权力在事实层面的每一种作用形态及法理认知都需要在规范层面得到相应的承载。权利理论的结构更新同样需要在权力领域展开。权力的形式不能被直接缩减为行政行为的形式。我们需要形成贯穿所有领域的一整套权力形式系统,将调查、审议、遴选、决策、协调、指挥、宣示等权力的作用形式与行政命令、行政处罚、行政许可、行政强制等行政行为形式全面衔接起来,形成覆盖整个行政过程的权力形式系统,由此形成一般性的权力作用形式理论,并将其应用到政治和社会权力,使所有的公权力都受到权力运行一般原理的规范化约束。

不仅如此,我们还可以根据权力的不同作用类型,深入梳理权力的不同层次与程度,为行政法律关系理论等其他公法学重要原理的精细化发展奠定基础。既然现代社会已经形成较为灵活的权力概念以及“权利-权力”的对位结构,此种概念系统就应当充分发挥它应有的功能,形成与私法中法律关系相当的精度与广度。例如,在当前的德国公法学界,行政法律关系对行政行为理论的补充甚至替代已经成为一种值得关注的主张^[165],但行政法律关系的内容仍然是较为粗疏的,较为精致的私法权利体系、公法请求权体系与相对粗放的权力概念无法形成有效的对应关系、进而为精确的法律关系分析提供强有力的支撑。又如,公众参与和多元治理导致一定范围内权力框架的重塑,中国学者在“社会公权力”和“行政软权力”等相关研究中观察到权力外延、形态及结构在实践中不断扩展,也有了不同于传统权力形态的更多内涵^[166],仅仅基于传统公法学对权力概念的简单处理也不足以把握它的精细划分与延伸。风险规制过程中不同主体所享有的不同权力——包括专家的评估权、公民对部分规制事项的表决权、媒体的议题引导权和政府的信息发布权等都难以为公法学传统上的权

[165] 参见赵宏:《法律关系取代行政行为的可能与困局》,载《法学家》2015年第3期,第32—54页。

[166] 前文已有部分研究实例,其中最具代表性的是门中敬关于“行政软权力”的论述:“软权力是一种通过其潜在的影响力、理性的说服力和内在的吸引力发挥效能的权力形态,它深刻地揭示了现代国家权力的内在品格和基本属性……在构建多元民主与和谐社会的大背景下,硬权力运用所体现的核心价值和功能开始衰减,在公共治理和维护社会秩序中无法占据垄断性地位,而软权力的引入和运用回应了这种变化……”同前注[4],第104—108页。

力理论所涵盖,也不能为所谓“以权利制约权力”的参与型行政理论^[167]所完全兼容,因为风险规制与治理过程中的部分权利实际上已经包含着权力的性质,不引入新的权力概念及多元化的认知维度就无法深入阐释。软法的研究者已经敏锐地意识到公权力外部存在一个介入方式和介入程度不同的谱系,进而导致了公法规范的公共性和刚性“平滑递升”的法规范谱系。^[168] 如果将视角进一步延伸到公权力内部,就将看到更为复杂的公法法律关系谱系。在此,应当根据法律授权中包含的权力作用类型与作用程度,对权力概念进行解剖式的细分,区别出不同层次与程度的权力,将现代公法中的权力内容依据其判断、确认、评价、宣示、传播等作用的范围及程度归类整理,在梳理多维权力概念的基础上,与公法上的权利及请求权体系共同建构新的“法锁”,形成能够连接整个公法学基础概念的理论版图,并为整理更深入、精致的公法法律关系提供原则性的指引。

第三,根据权力概念的内在基础与法理构造,形成公权力自身的品质要求。权力概念需要形成自己的普遍品质要求及衡量尺度,而不是将所有希望寄托在合法性基础的限制、公民权利的制约或者其他权力的制衡上。在现代社会,公权力需要公正、理性、严谨、节制、文明等品质,社会对公权力的这些品质的需求,是推动公权力行使法治化的重要动力,也是对公权力进行监督与审查的深层价值基础。在权利领域,自由意志与(实践)理性作为权利理论的内在价值基础,在19世纪前期一度推动整个法体系的理论建构。其后,随着近代代议制国家的强化,权利理论中实证性的因素大为加强,但这些价值依然是权利的法理底色,推动着私法体系的不断发展。类似地,权力理论也需要发现社会对权力概念内在品质的根本诉求,这些品质在法律层面的表述和展开,需要一定的法理构造加以承载,也需要一般性的某种衡量尺度,如何根据权力概念的理论基础塑造具有普遍意义的品质要求,进而形成关于权力运行的一般准则,是当代权力理论面对的深刻挑战。

结语

权力概念背负着跌宕沉浮的历史,徘徊在纷繁复杂的当代,面对着需要变革的未来。权力永远在不断生长、变迁和运行,权力的形态也不断发生扭曲与变异。权力概念一旦僵化,就未必能有效地约束极为活跃的各种权力。权力概

^[167] 参见金自宁:《风险规制与行政法治》,载《法制与社会发展》2012年第4期,第60—71页。

^[168] 参见罗豪才、宋功德:《软法亦法——公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第282—283页。

念也许需要一场自内而外的革命,使它保持蓬勃的生命力,使公法学中的各种法律关系能够得到更加精致、深入的认识和发展。深入发展权力概念的法理构造和自身品质,推进公法基础理论的发展,是值得当代公法学人思考的一个重要课题。

(审稿编辑 康 晓)

(校对编辑 康 晓)